

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNE KEL LUZ RIBEIRO

CONCORRÊNCIA E LIBERDADE DE EMPRESA

CURITIBA
2014

BRUNE KEL LUZ RIBEIRO

CONCORRÊNCIA E LIBERDADE DE EMPRESA

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Marcia Carla Pereira
Ribeiro

CURITIBA
2014

Aos meus pais, Silvana e João, por serem meus melhores amigos e meus maiores entusiastas, com imenso amor.

AGRADECIMENTOS

Com a certeza de que a grandeza deste sonho é própria das pessoas que o sonharam comigo, agradeço, primeiramente, aos meus pais, por pouco se surpreenderem quando decidi que meus sonhos seriam vividos para além do alcance de seus olhos e por fazer com que eu sentisse sempre, onde quer que estivesse, o alcance do seu amor. Ao meu irmão, pelo companheirismo de sempre e os convites a reflexões surpreendentemente profundas, considerando sua pouca idade.

Agradeço aos meus amigos, àqueles presentes no dia-a-dia, aos que trazem alegria aos meus fins de semana e àqueles que, embora se passe algum tempo, não hesitam em propor um café quando surge oportunidade. A propósito, muitas coisas na vida se resolvem com um amigo e um café.

Agradeço aos amigos do Direito que, ao compartilhar das suas impressões e demonstrar, com brilho nos olhos, seu compromisso com a justiça, lembram-me da beleza de nossa escolha. E também àqueles que mesmo pouco familiarizados com o mundo jurídico, interessaram-se por saber “*o que tanto você estuda?*” e “*quando vai acabar essa monografia?*”.

Sou grata a Universidade Federal do Paraná pela oportunidade de estudar um semestre em Portugal, na Universidade de Coimbra, e vivenciar os encantos daquele País e daquela realidade acadêmica, o que me rendeu experiências inesquecíveis e amigos incríveis.

Sobre meus queridos amigos, não é preciso um rol taxativo, tampouco exemplificativo, sei que se reconhecem nestas linhas e entrelinhas e compartilham sinceramente da minha felicidade.

Agradeço aos meus professores e, muito especialmente, a minha orientadora, Prof.^a Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, que contribuiu imensamente à minha formação, inspirando-me com seu comprometimento e suas considerações sempre pertinentes.

Por fim, sou grata pelas respostas que encontrei ao longo da faculdade de Direito, mas muito mais pelas perguntas que levo comigo e que me dão a certeza de que ainda há muito que se aprender.

RESUMO

Este trabalho desenvolve-se a partir da análise da relação entre Estado e atividade econômica, partindo de considerações sobre os fundamentos que autorizam o legislador a interferir na ordem econômica. O estudo concentra-se, sobretudo, no tema da concorrência, quando, visando regular o processo de produção, o Estado intervém na esfera privada por meio de normas antitrustes. Para tanto, pauta-se na compreensão da produção doutrinária e legal nacionais sobre o tema suscitado. A ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A Constituição de 1988 consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, porquanto a livre iniciativa, ao lado da livre concorrência, é princípio básico do sistema capitalista. Afasta-se, entretanto, da concepção liberal inicialmente teorizada, fundada na preservação das liberdades individuais, asseguradas por meio da limitação ao poder estatal. Isto porque a experiência histórica já demonstrou que as forças de produção, sem qualquer forma de controle, podem agir em detrimento da justiça social, de modo que a premissa básica de que seria possível entregar a satisfatória organização da vida econômica e social de forma absoluta à eficiência do mercado não encontra respaldo na realidade. Reconhece-se a ingerência do Estado no domínio econômico como uma necessidade, seja para propiciar a superação dos obstáculos conjunturais, seja para garantir os interesses sociais – que podem ser conflitantes com os interesses empresariais. Neste contexto, a legislação antitruste é um instrumento fundamental para a preservação das estruturas do mercado, instituição básica do sistema capitalista. É, ainda, uma ferramenta por meio da qual o Poder Público ordena, coordena e atua para a observância dos princípios da ordem econômica, visando à realização de seus fundamentos e fins, conforme disposto na Constituição da República. Desta forma, esta atuação, longe de limitar, contribui no sentido de dar efetividade à livre concorrência e à livre iniciativa, mostrando-se necessária à própria existência do modo de produção capitalista adotado pelo sistema normativo brasileiro.

Palavras-chave: Intervenção estatal. Iniciativa privada. Concorrência. Liberdade de empresa. Direito antitruste.

ABSTRACT

The present work is developed from the analysis of the relationship between State and economic activity, from considerations on the reasons that allow the legislator to interfere in the economic order. The study is concentrated, mainly, on the issue of competition, when, aiming to regulate the production process, the State intervenes in the private sphere through anti-trust laws. For these purposes, the work is based on the comprehension of scholar work and national laws on the issue discussed. The Brazilian economic order is founded on the valuing of human work and free initiative. The Constitution of 1988 establishes a market economy, of a capitalist nature, for as long as the free initiative, besides the free competition, is a basic principle of the capitalist system. The liberal conception initially theorized, based on the preservation of individual freedom guaranteed by means of the limitation of the power of State is pushed back, however. That is because the historical background has demonstrated that the forces of production, without any form of control, may act in detriment of social justice, so that the basic premise that it is possible to transfer the satisfactory organization of economic and social life in an absolute form to the efficiency of the market does not find base in reality. The intervention of the State is recognized in the economic area as a necessity, whether it is to make available to overcome the obstacles of conjuncture aspects, or whether to guarantee the social interests – that may be conflicting with the corporate interests. In this context, the anti-trust legislation is a fundamental instrument for the preservation of the market structures, the basic institution of the capitalist system. It is, still, a tool through which the Public Power organizes, coordinates and acts for the observance of the principles of economic order, aiming the fulfillment of its fundamentals and objects, pursuant to what is provided in the Constitution of the Republic. Hence, this acting, far from limiting it, contributes in the sense of granting effectiveness to the free competition and free initiative, showing itself to be necessary to the very own existence of the capitalist way of production adopted by the Brazilian legal system.

Keywords: State intervention. Private initiative. Competition. Freedom of corporations. Anti-trust law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ESTADO, ATIVIDADE ECONÔMICA E INTERVENÇÃO.....	9
	2.1 Evolução histórica do direito antitruste no pensamento de Paula Forgioni...	10
	2.2 Disciplina Constitucional da atividade econômica no Brasil.....	13
	2.2.1 Princípios constitucionais da ordem econômica.....	19
	2.2.2 Livre iniciativa e livre concorrência como princípios da atividade empresarial.....	24
3	DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA.....	27
	3.1 Concorrência ilícita	30
	3.1.1 Abuso do poder econômico	31
	3.1.2 Concorrência desleal.....	36
4	COMPATIBILIDADE ENTRE INTERVENÇÃO ESTATAL E LIBERDADE DE EMPRESA.....	39
	4.1 Limites do capitalismo liberal.....	39
	4.2 Antitruste como ferramenta de conservação do capitalismo... ..	44
5	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho desenvolve-se a partir da análise da relação entre Estado e atividade econômica, partindo de considerações sobre os fundamentos que autorizam o legislador a interferir na ordem econômica.

Longe de pretender esgotar a questão, o estudo concentra-se, sobretudo, no tema da concorrência, quando, visando regular o processo de produção, o Estado intervém na esfera privada por meio de normas antitrustes.

O assunto não é novo e é até recorrente, o que não significa que esteja superado. A temática da atuação do Estado sobre o domínio econômico exige reflexão constante, porquanto a ordem econômica não está apartada da ordem social - tanto é que constituíram um mesmo título, “Da Ordem Econômica e Social”, desde a Constituição de 1934 até a promulgação da Constituição de 1988 - refletindo ambas nas relações políticas que acabam por determinar os rumos do País.

Um ambiente concorrencial sadio é fator essencial para o desenvolvimento das atividades econômicas. Assume, ademais, especial importância no mercado de consumo, na medida em que ao propiciar o ingresso e a permanência de um maior número de produtores e fornecedores no mercado, incentiva o incremento da qualidade e o declínio ou estabilidade dos preços, beneficiando o consumidor, além de contribuir para o aumento da empregabilidade.

Entretanto, a experiência histórica já demonstrou que as forças de produção, sem qualquer forma de controle, podem agir em detrimento da justiça social. Logo, é preciso dotar o Poder Público de meios capazes de controlar o poder econômico a fim de preservar a livre concorrência contra práticas abusivas.

Neste contexto, a defesa da concorrência apresenta-se como elemento estratégico de proteção do mercado. A preocupação com a realidade econômica brasileira transcende, portanto, o campo da Economia e permeia outras áreas, ganhando grande espaço no Direito e nas demais Ciências Sociais.

O presente trabalho justifica-se por essa necessidade de reconhecer que a reflexão sobre o tema da relação entre Estado e domínio econômico, aqui

particularizada na relação concorrência e liberdade de empresa, transpõe limites territoriais e temporais, mantendo-se atual e pertinente.

Atento a tal necessidade, o estudo pretendeu contribuir, ainda que modestamente, para esta reflexão, a partir de uma pesquisa de natureza essencialmente teórica, pautada na análise da doutrina e legislação nacionais acerca do tema, a qual foi sistematizada em três capítulos.

O primeiro Capítulo concentrou-se inicialmente na compreensão da relação entre Estado e atividade econômica no tempo, por meio de uma breve exposição da evolução histórica do antitruste, partindo-se do período em que a concorrência assume o papel de organização do fluxo das relações econômicas até sua disciplina contemporânea. Deste panorama amplo, passa-se, ainda neste primeiro momento do estudo, para o tratamento constitucional da atividade econômica no Brasil, tecendo-se considerações sobre alguns dos princípios estruturantes da ordem econômica.

Em sua segunda parte, o presente trabalho traz um breve retrospecto acerca da legislação antitruste no Brasil. Atém-se, em seguida, à ideia de concorrência ilícita, de que são espécies o abuso do poder econômico e a concorrência desleal, indicando o tratamento jurídico concedido ao tema. Este conjunto de regras, regulando de um lado a liberdade e, de outro, a lealdade de competição, formam juntos o que se pode chamar de direito concorrencial.

Avança-se na compreensão de que a relação do Estado brasileiro com a economia não se pauta pelas ideias liberais de um mercado perfeito, porque se reconhece, antes, que há falhas estruturais e comportamentais no próprio mercado, que se observou não serem sanáveis autonomamente pela livre concorrência. Assim, o terceiro e último capítulo foi dedicado à elucidação destes limites do capitalismo liberal e à defesa do antitruste como instrumento de que o Estado dispõe e efetivamente se utiliza para a viabilização e consequente conservação do sistema capitalista adotado pelo sistema normativo brasileiro, não mais em termos absolutamente liberais, tal como inicialmente teorizado, mas na forma como modernamente concebido.

2 ESTADO, ATIVIDADE ECONÔMICA E INTERVENÇÃO

Diante da impossibilidade de tratar-se da evolução do pensamento econômico, tendo em vista a amplitude do tema, opta-se inicialmente por uma breve exposição da evolução histórica do antitruste, privilegiando a abordagem proposta por Paula Forgioni. Este primeiro momento volta-se à descrição histórica do antitruste desde o início do século XIX, quando a concorrência assume o papel de fator de organização do fluxo de relações econômicas, até sua disciplina contemporânea.

Após, utilizando-se da doutrina nacional, apresenta-se uma breve análise, do ponto de vista das Constituições brasileiras, sobre a relação entre Estado e atividade econômica, buscando os fundamentos que autorizam o legislador a interferir na ordem econômica.

Ainda neste primeiro capítulo, busca-se compreender que, ao dispor que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a Constituição de 1988 consagra um sistema capitalista. Entretanto, afasta-se daquela concepção de capitalismo liberal clássico, em que se exalta a liberdade de empresa em termos quase absolutos, e volta-se à celebração da dignidade da pessoa humana ao priorizar os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

O art. 170 da Constituição da República traz os princípios que devem reger a ordem econômica dentro do Estado brasileiro.

A circunstância de o Estado poder intervir, seja mediante atos de gestão ou de atos normativos, não descaracterizam a essência da Constituição da República, como se evidencia da leitura dos artigos 1º e 170.

A escolha do constituinte pelos princípios referidos no art. 170 revela a diversidade de interesses a serem tutelados. Examinam-se neste capítulo alguns destes princípios, sem, entretanto, pretender classificá-los à luz do direito constitucional.

Assim, serão apresentadas considerações sobre o princípio da defesa do consumidor (inciso V), da redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as

leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX). No tópico seguinte, merecendo maior destaque, serão abordados os princípios da livre iniciativa (*caput*) e livre concorrência (inciso IV).

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ANTITRUSTE NO PENSAMENTO DE PAULA FORGIONI

Paula Forgioni (2014, p. 36-37) traça o que denomina de “linha de evolução das normas que disciplinam a atividade dos agentes econômicos no mercado”, em que identifica três passos principais desta evolução, os quais resultam, segundo a autora, nos três principais vetores do direito concorrencial.

Para Forgioni (2014, p. 34-36), o início da disciplina da concorrência é muito anterior ao surgimento do conceito de livre mercado, próprio do sistema de produção capitalista, fazendo-se presente já na antiguidade clássica. No primeiro momento identificado pela autora, que se estende até a Revolução Industrial, haveria apenas a determinação de regras disciplinadoras do comportamento dos agentes econômicos no mercado por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções típicas.

A referência a este primeiro período, entretanto, é de menor interesse para o presente trabalho, ao qual importa o momento em que a concorrência passou a ser identificada como correlata a um modelo de organização de mercado, o que ocorre no segundo período, abordado na sequência.

Com a Revolução Industrial houve significativa modificação do sistema de produção, dando início a uma nova concepção de concorrência. (FORGIONI, 2014, p. 55, 61).

A força concorrencial, neste momento histórico, é reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, amparada pela liberdade econômica (FORGIONI, 2014, p. 57). É considerada apta a regular o mercado, apresentando-se como solução para conciliar liberdade econômica individual e interesse público, diante do consenso de que preço ideal é aquele determinado por um mercado competitivo, balizado apenas pela oferta e a procura

do produto. Por este motivo, não havia maiores preocupações em se impor limites à liberdade de concorrência. (FORGIONI, 2014, p. 59).

Contudo, a história veio comprovar que essa livre atuação dos agentes econômicos levou à elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, que, por sua vez, acabaram por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho, dando início ao conflito entre capital e trabalho. Tais circunstâncias caracterizaram incontestáveis fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. (FORGIONI, 2013, p. 61-62).

Surge, assim, a necessidade de regulamentação do comportamento dos agentes econômicos, que, neste segundo período, é tomada como corolário de um sistema de produção visto como ótimo, não configurando massiva atividade intervencionista sobre a economia. Essa disciplina visa a proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis, apenas garantindo a manutenção do sistema que se instalava, baseado, em última instância, na liberdade de atuar e concorrer. (FORGIONI, 2014, p. 37, 58).

Neste contexto, é promulgado no final do século XIX (1890), nos Estados Unidos, o *Sherman Act*, compreendido como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, buscando discipliná-la. (FORGIONI, 2014, p. 65).

Nota-se, portanto, que a regulação da concorrência por meio das normas antitrustes, tal como o *Sherman Act* anteriormente referido, não se opõe ao liberalismo econômico (FORGIONI, 2014, p. 65). Ao contrário, referido diploma legal representa a coroação deste segundo período identificado por Paula Forgioni, no qual a concorrência é vista como primordial para o sistema econômico liberal, ao mesmo tempo em que se exige a atuação do Estado para eliminar as distorções conjunturais decorrentes do próprio modo de produção, com o objetivo de preservá-lo. (FORGIONI, 2014, p. 66-67).

O terceiro período é marcado por uma redefinição do papel do Estado.

A partir do início do século XX, inicialmente com a deflagração da Primeira Grande Guerra e, após, com a crise de 1929, houve um significativo aumento da quantidade de normas emanadas, iniciando-se uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática, com o Estado dirigindo o sistema, objetivando evitar as crises. (FORGIONI, 2014, p. 76-77).

O Estado passa a utilizar instrumentos jurídicos que viabilizam, por meio da direção do comportamento dos agentes econômicos, não somente a preservação, mas a condução do mercado. (FORGIONI, 2014, p. 78).

Neste terceiro período, a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implantação de políticas públicas. (FORGIONI, 2014, p. 37).

No desempenho de sua nova função de direção da economia, o Estado atua no domínio econômico, utilizando-se de técnicas de direção sobre o mercado, o que pode se dar, segundo a classificação de Eros Roberto Grau (1981, p. 63 e ss) adotada por Paula Forgioni (2014, p. 78-79), das seguintes formas: ação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, determinado setor da economia, impondo, mediante a promulgação de uma norma, a exclusividade da exploração; ação por participação, quando desempenha atividade típica de agentes econômicos privados, competindo com eles em igualdade de condições, incluindo-se nesta classificação também as atividades que o Estado desenvolve em parceria com o setor privado, detendo ações ou quotas de sociedades comerciais; e atividade legislativa e de regulação, mediante a qual são impostas regras de conduta a serem observadas pelos agentes econômicos, para o fim de disciplinar suas práticas no mercado.

Cumprе ressaltar que cada Estado terá a sua definição contextual da magnitude da intervenção pública na economia privada, consideradas as variações históricas. (MOREIRA, 2004, p. 80).

Para os fins deste trabalho, interessa esta última forma de atuação do Estado sobre o domínio econômico, visando regular o processo de produção, em especial, mediante utilização de uma norma antitruste, tema a que voltar-se-á nos próximos capítulos.

Importa neste momento estabelecer uma distinção entre atuação e intervenção, tendo em vista tratar-se de vocábulos apenas relativamente intercambiáveis (GRAU, 2012, p. 90). Enquanto o primeiro, mais amplo, abrange a ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área do setor privado, o segundo, conceito mais restrito, existe apenas relacionado à esfera de

atuação dos particulares, que não é própria, portanto, à atuação estatal. (GRAU, 2012, p. 90).

Colocado este panorama histórico da evolução do antitruste, que revela a relação entre Estado e atividade econômica nos três períodos identificados, passa-se ao tratamento constitucional da atividade econômica no Brasil.

2.2 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO BRASIL

A regulação constitucional da atividade econômica é um acontecimento histórico relativamente recente, associado à passagem do Estado Liberal ao Estado Social. (COELHO, 2008, p. 1354).

Embora a Constituição de 1824 e a Constituição da República de 1891 dispusessem, a exemplo das demais Constituições liberais, sobre aspectos atinentes à ordem econômica, tais como direito de propriedade, liberdade de indústria e comércio, liberdade de profissão e liberdade contratual, estes temas não eram tratados de forma sistematizada, o que somente ocorreria na Constituição de 1934, sob a inspiração das experiências constitucionais mexicana, em 1917, e alemã, em 1919. (GRAU, 2013, p. 1785).

A necessidade desta regulação surge em um contexto de exacerbação do capitalismo e da sua conseqüente confrontação com o operariado, quando se passa a exigir que o Estado, embora não se substituísse ao mercado, intervesse minimamente nas suas disputas, por meio de normas e/ou institutos, que, conquanto assegurassem o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade de trabalho – como direitos fundamentais econômicos -, não permitissem abusos no seu exercício. (COELHO, 2008, p. 1355).

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica (SILVA, 2012, p. 788), inserindo, para tanto, um título autônomo – “Da Ordem Econômica e Social” – que trazia um discurso intervencionista e inovador tanto na estrutura como na própria essência. Começava por introduzir os princípios da justiça social e das necessidades da vida nacional, de

modo a possibilitar a todos uma existência digna, garantindo, dentro de tais limites, a liberdade econômica (art. 115). (COELHO, 2008, p. 1355).

Note-se que a liberdade econômica aparece em nosso ordenamento, intrinsecamente ligada à ideia de que é facultado ao Estado intervir na (art. 116)¹ e sobre (art. 117)² a economia, a fim de resguardar a justiça e as necessidades da vida nacional, ou seja, interesses maiores que aquele dos agentes econômicos individualmente considerados. (FORGIONI, 2014, p. 96).

Esta limitação da liberdade econômica reflete a postura do governo federal diante dos efeitos da crise de 1929 que se estendeu por toda a década de 30 (FORGIONI, 2014, p. 96). Diante deste contexto, o Estado brasileiro intensifica sua atuação sobre e no domínio econômico, para não apenas corrigir as disfunções decorrentes da economia vigente, mas, sobretudo, conduzir este sistema, regulamentando a atividade dos agentes econômicos, a fim de evitar o advento de novas crises. (FORGIONI, 2014, p. 97-98).

Conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 232), por mais progressista que tenha sido este projeto constitucional, especialmente em matéria de direitos sociais, praticamente não teve chance de se afirmar na vida cotidiana política, social e econômica do Brasil, uma vez que a Constituição de 1934 foi substituída já em 10 de novembro 1937, sem qualquer legitimação democrática, dando lugar ao Estado Novo.

No que tange à liberdade de iniciativa e à intervenção do Estado no domínio econômico, a Constituição de 1937 previa:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

¹ Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

² Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Observe-se que, ao menos na ideologia constitucional, o Estado não teria maiores funções de condução do sistema, apenas de correção das disfunções que se verificavam, de modo a garantir sua continuidade. (FORGIONI, 2014, p. 100,102).

Ao mesmo tempo, a Constituição de 1937 apresentava um caráter fortemente estatizante e nacionalista, na medida em que outorgava ao Estado a função precípua de coordenador da economia nacional, como, por exemplo, a exploração das minas e demais riquezas do subsolo (art. 143). Além disso, falava-se em nacionalização de determinadas atividades econômicas, tendo como base jurídica o disposto no art. 144, que se referia à nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia, assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação. (SARLET, 2012, p. 234).

Neste sentido, José Afonso da Silva (2012, p. 83) sintetiza que uma das principais preocupações da Constituição de 1937 consistia em confiar ao Estado a “função de orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual e reconhecendo o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo”.

A Carta Política de 1937 não teve, contudo, aplicação regular. Conforme observa José Afonso da Silva (2012, p. 83):

houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

Ademais, é de se considerar que, sob determinada perspectiva, a Carta de 1937 sequer entrou em vigor, visto que jamais foi realizado o plebiscito destinado a legitimá-la como Constituição. (COELHO, 2008, p. 171; SARLET, 2012, p. 235).

Note-se que as Constituições brasileiras de 1934 e 1937 faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao abuso do poder econômico. (MARTINEZ, 2012, p. 25).

Em 18 de setembro de 1946 foi, após um curto período de debates, aprovada a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, ao contrário das Constituições anteriores, não foi elaborada a partir de um projeto preordenado, tendo adotado como texto-base a Constituição de 1934. (SILVA, 2012,

p. 85). Assim, quanto ao sistema normativo, assemelhava-se muito àquela Constituição, por exemplo, entre outros aspectos, traçando as diretrizes gerais da ordem econômica e social, ao dispor que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (art. 145). (SARLET, 2012, p. 235).

A Constituição brasileira de 1946 trouxe pela primeira vez de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico (FORGIONI, 2014, p. 107), dispondo em seu art. 148:

A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Observa-se do dispositivo mencionado que a Constituição de 1946 condenava os atos abusivos pela sua finalidade (“que tenham por fim”) e não pelos seus efeitos. (FORGIONI, 2014, p. 108).

A lei, a que se refere o art. 148, acima transcrito, só veio em 1962 (Lei nº 4.137), de modo que até este ano, não havia em nosso ordenamento diploma legal específico que regulamentasse a repressão ao abuso do poder econômico. (FORGIONI, 2014, p. 109).

A Constituição de 1946 foi reconhecida pelos seus acertos, mas também criticada, dentre outros pontos, pela dificuldade por ela criada no tocante à intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente diante de uma sociedade industrial emergente. (COELHO, 2008, p. 173; SARLET, 2012, p. 236).

Também a Constituição de 1967, votada pelo Congresso Nacional em virtude da convocação autoritária e pela fixação de um prazo exíguo para votação do projeto encaminhado pelo governo militar, foi fortemente influenciada pela Constituição de 1937, incorporando suas características essenciais. (SARLET, 2012, p. 237).

No campo econômico, seguiu a mesma linha da Constituição de 1946 ao prever em seu art. 157, VI, que:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Durante sua vigência, foi apresentada a Emenda Constitucional nº 1, que, teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição, tendo promulgado texto integralmente reformulado. (SILVA, 2012, p. 87).

A EC nº 1 de 1969, art. 160 previa que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base, entre outros princípios, no da liberdade de iniciativa (I) e da repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (V).

À referida emenda, que vigorou em nosso país, como se fosse constituição, até a promulgação da Constituição de 1988 (COELHO, 2008, p. 179), seguiram-se outras vinte e cinco, até aquela de nº 26, de 27 de novembro de 1985, que a rigor não é emenda constitucional, pois ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição em substituição a que estava em vigor, constitui, neste aspecto, um ato político. (SILVA, 2012, p. 87).

Com pequenas variações semânticas, de resto decorrentes de opções de estilo dos nossos constituintes, pode-se dizer que, no essencial, aquele modelo de constituição econômica seguido na Constituição de 1934 tem sido o adotado entre nós até a Constituição de 1988. (COELHO, 2008, p. 1355).

A Constituição de 1988 pode ser considerada a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, tanto pelo seu processo de elaboração, quanto em virtude da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos. (SARLET, 2012, p. 243).

O capítulo atinente à Ordem Econômica e Social, presente, como visto, desde a Constituição de 1934, é a partir da Constituição de 1988 dividido em distintas seções, “Ordem Econômica” e “Ordem Social”. (GRAU, 2013, p. 1785).

Opta-se por, desde já, afastar ambiguidades e imprecisões, apresentando-se algumas considerações acerca da significação da expressão “ordem econômica”.

Eros Roberto Grau (2012, p. 66) chama a atenção para as distintas conotações sob as quais a expressão assinalada pode ser utilizada, ressaltando o sentido de “ordem econômica” como modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, conceito do mundo do ser, portanto, e “ordem econômica” como parcela da ordem jurídica, isto é, do mundo do dever-ser.

Na Constituição de 1988, no art. 170, *caput*, tal como ocorria nas Constituições de 1934, 1946, 1967-1969, “ordem econômica” designa o modo de ser da economia brasileira, isto é, o conjunto das relações econômicas e, portanto, realidade do mundo do ser. (GRAU, 2013, p. 1788).

Cumprir ressaltar que embora no art. 170 a expressão tenha sido empregada para designar uma realidade fática (do mundo do ser), seu enunciado é inquestionavelmente normativo. (GRAU, 2012, p. 66).

Assim, Eros Grau (2012, p. 66 - destaques do autor) sugere que o art. 170 da Constituição da República, seja lido da seguinte forma:

as relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios....

Conclui-se, deste modo, que ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser). (GRAU, 2012, p. 70).

Ressalva-se, contudo, que a ordem econômica (mundo do dever-ser) não se esgota no nível constitucional. Segundo Eros Roberto Grau (2013, p. 1788), para que o elenco das disposições que integram a ordem econômica esteja completo deve considerar-se, além de outras, as leis – legislação infraconstitucional, portanto – que definem, por exemplo, o tratamento a ser conferido à repressão ao abuso do poder econômico, os critérios e graus de exigência que afetarão o atendimento de determinados requisitos pela propriedade rural a fim de que se tenha por cumprida sua função social.

Quanto aos fundamentos da ordem econômica, José Afonso da Silva (2012, p. 790) assinala que quando a Constituição de 1988 dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, significa, primeiramente, que esta consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, porquanto a livre iniciativa é um princípio básico da ordem capitalista - o qual será abordado melhor no tópico seguinte. Em segundo lugar, significa que, conquanto capitalista, a ordem econômica prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

Esta prioridade atribuída ao trabalho humano tem, portanto, o sentido orientar a intervenção do Estado, na economia, para o fim de fazerem-se respeitar os valores sociais do trabalho. (SILVA, 2012, p. 790).

A Constituição de 1988 assume caráter fortemente dirigente, na medida em que enuncia um conjunto de diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e sociedade. É, ainda, expressivamente principiológica, na medida em que contempla expressamente – notadamente em seu Título “Da ordem econômica” – inúmeros princípios cuja ponderação informa e conforma a interpretação constitucional. (GRAU, 2013, p. 1789-1790).

Feitas estas considerações sobre o fato econômico na história constitucional brasileira, passa-se ao exame de alguns dos princípios gerais da atividade econômica constantes do art. 170 da Constituição da República, que se reputam mais significativos para os fins deste trabalho.

2.2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição da República estabelece no artigo 170, *caput*, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A escolha do constituinte pelos princípios acima referidos revela a diversidade de interesses a serem tutelados, tais como direitos dos sócios, dos trabalhadores, dos consumidores, meio-ambiente, desenvolvimento regional, dentre outros.

José Afonso da Silva (2012, p. 794) assinala que alguns destes princípios se revelam mais tipicamente como objetivos da ordem econômica, a exemplo do princípio da redução das desigualdades regionais e sociais. Não obstante, todos podem ser considerados princípios, visto que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica.

Como inicialmente ressaltado, considerando os fins deste trabalho, opta-se aqui por um recorte do tema, de modo que se examinam nesta oportunidade apenas alguns destes princípios. Neste primeiro momento, serão apresentadas considerações sobre a defesa do consumidor (inciso V), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX). No tópico seguinte, merecendo maior destaque, serão abordados, na qualidade de princípios da atividade empresarial, os princípios da livre iniciativa (*caput*) e livre concorrência (inciso IV).

Além de princípio da ordem econômica, a Constituição da República também insere a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais, ao dispor, no inciso XXXII do art. 5º que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

No Brasil, a constitucionalização da defesa do consumidor é um fenômeno recente, presente apenas em nossa atual Constituição, nada constando sobre este tema em nossas experiências constitucionais anteriores. (COELHO, 2008, p. 1363).

José Afonso da Silva (2012, p. 263) pondera, entretanto, que, desde 1946, as Constituições brasileiras traziam, com a previsão de repressão ao abuso do poder econômico, aquilo que poderia servir de base à proteção do consumidor, se fosse eficaz.

A emergência deste novo direito insere-se na transição do Estado Liberal para o Estado Social, quando em decorrência da quebra de equilíbrio entre os sujeitos de direito que compunham as relações de consumo – tal como as relações jurídicas em geral –, reclamava-se uma atitude do legislador no sentido de superar a perda de sintonia entre os modelos jurídicos herdados do liberalismo e a realidade socioeconômica fruto da Revolução Industrial e da consequente formação do operariado como classe social. (COELHO, 2008, p. 1362).

Neste contexto, compreende-se porque, por ocasião da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado,

sendo-lhe conferida indiscutível superioridade jurídica para compensar sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo. (COELHO, 2008, p. 1362).

A lei a que se refere o constituinte no inciso XXXII do art. 5º, e também no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, indicando a necessidade de regulamentação específica da proteção ao consumidor, foi levada a efeito com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990).

Segundo este Código, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º), equiparando-se “a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único do art. 2º).

Para Eros Roberto Grau (2012, p. 250 – destaques do autor), o consumidor é, “em regra, aquele que se encontra em uma *posição de debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo”. Para este autor, tal concepção tem a virtude de “bem apartar as situações de *consumo* e de *fruição*, esta como aquela na qual se coloca o ‘usuário’ (contemplativo) do patrimônio histórico-artístico-natural.”.

No que tange à efetivação do princípio da defesa do consumidor, Inocêncio Mártires Coelho (2008, p. 1363) observa que este:

figura no art. 170 da nossa Constituição no mesmo patamar da propriedade privada e da livre concorrência, o que significa dizer que se entrar em disputa com qualquer delas, a sua ‘otimização’ estará sujeita às mesmas condições, de fato e de direito, que presidem a concretização dos princípios jurídicos em geral.

José Afonso da Silva (2012, p. 798) chama a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais - assim como a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego, de que não se trata neste trabalho - de princípios de integração, porque todos estão voltados a resolver os problemas da marginalização regional ou social.

O compromisso com a melhoria das condições sociais da população e sua harmonização em todo o país, levou a Constituição da República a consignar a redução das desigualdades regionais e sociais, além de princípio da ordem econômica, como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, como se infere do art. 3º, inciso III (MELLO, 2012, p. 807). Neste sentido, apresenta-se, ao

lado de outros objetivos, como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2012, p. 105-106).

O enunciado deste princípio revela o reconhecimento explícito de marcas características da realidade nacional: as desigualdades, regionais e sociais. Por outro lado, apresenta evidente potencial transformador, atuando como fundamento constitucional de reivindicação da sociedade pela realização de políticas públicas. (GRAU, 2012, p. 216).

Na Constituição da República, os direitos sociais e os mecanismos da seguridade social são preordenados no sentido de buscar um sistema voltado à homogeneização das condições sociais. Além disso, são previstos para tanto mecanismos tributários (Fundo Especial) e orçamentários (regionalização, arts. 43 e 165, §1º). (SILVA, 2012, p. 798).

Ressalta-se que a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, são objetivos afins e complementares daquele concernente à promoção do desenvolvimento econômico (GRAU, 2012, p. 215), devendo ser perseguidos conjuntamente.

Eros Roberto Grau (2013, p. 1819) afirma que os problemas regionais não podem ser tratados como se apartados do contexto nacional. Ao contrário, deve-se conhecer as especificidades regionais, entendidas em sua inserção no todo nacional.

Pertinente, ainda, tecer considerações sobre o princípio do *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*, previsto no art. 170, IX, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6 de 1995.

Este princípio estabelece o dever normativo ativo de o Estado brasileiro promover o fomento e o incentivo de pequenas empresas nacionais. (MOREIRA, 2006, p. 111).

As alterações promovidas pela EC 6/95, na redação do inciso IX e, sobretudo, com a revogação do art. 171 da Constituição da República, implicaram em uma profunda modificação do conceito de empresa brasileira.

O art. 171 admitia a existência de (i) empresas brasileiras, (ii) empresas brasileiras de capital nacional e (iii) empresas não brasileiras (empresas estrangeiras

e empresas multinacionais ou transnacionais). Segundo este artigo, considerava-se empresa brasileira aquela constituída sob as leis brasileiras e que tivesse a sua sede e administração do País (inciso I).

Com a revogação do art. 171, deixou de existir o conceito de empresa brasileira de capital nacional, restando apenas o conceito de empresa brasileira tal como constava do seu inciso I. (SILVA, 2012, p. 800).

Assim, a diferença estabelecida entre empresa brasileira e empresa não-brasileira é hoje exclusivamente formal, uma vez que para ser reputada brasileira basta que a empresa estrangeira ou multinacional (ou parte dela) se organize sob as leis brasileiras e possua sede estabelecida no País, não importando a nacionalidade de seu capital e a nacionalidade, domicílio e residência das pessoas que detenham seu controle. (SILVA, 2012, p. 800).

Com a nova redação dada ao art. 170, IX, entende-se que qualquer empresa de pequeno porte, bem como as microempresas, está abrangida pelo artigo 179 da Constituição da República, que assim dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Segundo Eros Roberto Grau (2012, p. 253), o princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte não consubstancia como os demais princípios da ordem econômica uma diretriz ou norma-objetivo. Não obstante, fundamenta a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas.

Registre-se que a desigualdade entre as empresas é característica própria de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e que se processa por meio da livre concorrência. Isto porque a livre concorrência, compreendida como o livre jogo das forças de mercado na disputa de clientela, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, contudo, de um quadro de igualdade jurídico-formal. (GRAU, 2012, p. 206).

O tratamento privilegiado às empresas de pequeno porte justifica-se pela importante função de equilíbrio que exercem na ordem econômica do País, sendo fundamentais para a promoção do crescimento econômico e criação de postos de trabalho. Logo, este princípio prescreve o necessário estabelecimento de critérios e

vantagens diferenciados a estas empresas, impondo a todos os órgãos de emanção normativa a obrigação de fixar tais critérios, a fim de viabilizar sua instauração, de modo a permitir que disputem o mercado consumidor com isonomia em relação às demais empresas no mercado. (SCAFF; SCAFF, 2013, p. 1823).

2.2.2 A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A Constituição da República menciona a livre iniciativa tanto em seu art. 1º, IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, quanto no *caput* do art. 170, como fundamento da ordem econômica.

Eros Grau (2012, p. 200) pondera que “não se pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1º, IV, do texto constitucional, meramente a feição que assume como liberdade econômica ou de iniciativa econômica”, tampouco a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica (*caput* do art. 170) se restringe a tanto.

Segundo este mesmo autor, uma das faces da livre iniciativa se expõe como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa, mas seu conteúdo é bem mais amplo, abrangendo todas as formas de produção, individuais ou coletivas. A livre iniciativa é expressão de liberdade também titulada pelo trabalho, de modo que não se pode tomar este princípio tão somente como uma afirmação do capitalismo. (GRAU, 2014, p. 200, 203).

Ao consagrar a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, reconhece-se na liberdade um dos fatores estruturais da ordem. Afirma-se, portanto, que sua estrutura está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, entretanto, uma ordem do *laissez faire*, com a livre iniciativa tomada em sentido absoluto e ilimitado. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, *apud* GRAU, 2012, p. 204) ³.

Conforme observa Eros Roberto Grau (2012, p. 203 – destaques do autor):

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “A economia e o controle do Estado”. Parecer publicado in *O Estado de S. Paulo* ed. 4.6.89.

o art. 1º, IV, do texto constitucional - de um lado - enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social* e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – de outro – o seu art. 170, *caput*, coloca *trabalho humano* e *livre iniciativa* lado a lado, curando, contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.

A livre iniciativa como fundamento da ordem econômica é tomada, assim, no quanto expressa de socialmente valioso. (GRAU, 2012, p. 210).

Destarte, a liberdade de iniciativa econômica não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado, que atua legitimamente, nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, impondo, em alguns casos, a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, principalmente no que toca às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens. (SILVA, 2012, p. 796).

A livre concorrência, igualmente relevante entre os princípios da atividade econômica, está intimamente relacionada ao princípio da liberdade de iniciativa. Para José Afonso da Silva (2012, p. 797), ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa. Também acentuando esta correlação, Eros Grau (2012, p. 198) afirma que a análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência, ao que se passa a seguir.

Embora as Constituições anteriores estabelecessem a garantia de alguns aspectos relacionados à livre concorrência, tal como a livre iniciativa e a repressão ao abuso do poder econômico, foi somente com a Constituição de 1988 que a livre concorrência passou a ser compreendida como princípio estruturante da Constituição Econômica brasileira, ou seja, daquele conjunto de princípios, valores e regras fundamentais que regulam a vida econômico-social da sociedade brasileira. (SAAVEDRA, 2013, p. 1802).

Inocência Mártires Coelho (2008, p. 1358) pontua que:

o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o 'princípio econômico' segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.

No entanto, as forças de produção, sem qualquer forma de controle, podem agir em detrimento da justiça social.

Assim, a livre concorrência não pode ser entendida como um fim em si mesmo, mas sim inserida em uma ordem econômica que é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e que tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*, da Constituição da República). Desta forma, sua eficácia depende da harmonia com os demais princípios, regras e valores consagrados na Constituição Econômica. (SAAVEDRA, 2013, p. 1802).

Como se nota, a Constituição da República, em seu todo, persegue objetivos maiores e mais amplos do que o livre mercado, que devem ser concretizados também no âmbito econômico, sendo os princípios da livre concorrência e livre iniciativa instrumentais para o alcance destes objetivos. (FORGIONI, 2014, p. 188).

A presença da livre concorrência como um dos fundamentos basilares da atividade econômica (inciso IV, art. 170, Constituição da República), reflete a opção pelo tipo liberal do processo econômico, o qual, como já visto, só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário de lucros (COELHO, 2008, p. 1358). Nesse sentido, a Constituição da República estatui no art. 173, §3º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Acerca do princípio da livre concorrência, contemplado no art. 170, IV, da nossa Constituição Federal, Eros Roberto Grau (2012, p. 207 – destaques do autor) assevera que:

não há oposição entre o princípio da *livre concorrência* e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como *princípio da repressão aos abusos do poder econômico* e, em verdade – porque dele é fragmento - compõe-se no primeiro.

Conforme anteriormente exposto, a livre concorrência figura entre os princípios basilares (inciso IV, art. 170, Constituição da República) da atividade econômica, sendo que um dos principais desafios rumo à efetivação de tais princípios reside, certamente, na eficiente repressão ao abuso do poder econômico e de seus efeitos negativos à sociedade, o que será abordado no capítulo seguinte.

3 DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA

Como anteriormente exposto, a atuação do Estado sobre a economia (“intervenção”), visando regular o processo de produção, dá-se muitas vezes mediante a utilização de norma destinada a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, isto é, uma norma antitruste. (FORGIONI, 2014, p. 79).

Neste sentido, em respeito ao que prevê o §4º, do art. 173 da Constituição da República, na seara infraconstitucional, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Tais mecanismos, basicamente, tratam de coibir práticas empresariais incompatíveis com os fundamentos e princípios da ordem econômica (art. 170, Constituição da República), as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração a ordem econômica e concorrência desleal.

Desde a década de 30, o Brasil possui legislação para a defesa da concorrência, porém foi apenas em um contexto econômico e político liberal, decorrente das reformas implementadas nos anos 90, que a legislação antitruste aperfeiçoou e consolidou-se, passando a exercer um papel importante na garantia de eficiência dos mercados. (FORGIONI, 2014, p. 100-123; MARTINEZ, 2012, p. 67).

No início da década de 90, a economia brasileira passou por intensa reforma, com liberalização comercial (MOREIRA, 2004, p. 53), ampla reforma tributária, adoção de política fiscal mais severa, controle da inflação, privatização e desregulamentação dos mercados, com abandono de modelos anteriores, tais como o modelo de substituição de importações e controle de preços, que pouco favoreciam a concorrência. (MARTINEZ, 2012, p. 24; MUNHOZ, 2006, p. 177).

Assim, com a superação da forte intervenção econômica exercida pelo poder público e, em especial, com a liberação do controle de preços, o qual deixava pouco espaço para que as forças do mercado atuassem de forma invisível, necessitava-se de um mecanismo legal capaz de prevenir distorções e corrigir abusos (MARTINEZ, 2012, p. 24; MUNHOZ, 2006, p. 177). Nesse contexto, foi promulgada a Lei

8.884/94, que tinha por objeto a repressão e prevenção ao abuso do poder econômico.

A legislação antitruste evidentemente contribuiu para o incremento da concorrência no Brasil, entretanto, é de se ressaltar que sua implementação somente foi possível diante dessa nova conjuntura adequada à economia de mercado, fruto das reformas institucionais acima referidas, as quais, ao diminuir as barreiras à entrada de novos agentes e facilitar o acesso ao crédito e investimentos estrangeiros, já possibilitaram um aumento do grau de rivalidade no mercado. (MARTINEZ, 2012, p. 24).

Antes da implementação da Lei 8.884/94, coexistiam no Brasil, em matéria de regulação antitruste, as Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91.

A Lei nº 4.137/62, primeira lei antitruste brasileira efetiva, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), incumbido da apuração e repressão aos abusos do poder econômico (FORGIONI, 2014, p. 112). Tal lei, no entanto, não trouxe resultados expressivos na promoção da concorrência (FORGIONI, 2014, p. 121), uma vez que sua eficácia material ficou comprometida em razão do contexto econômico de sua vigência, de política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional.

A Lei nº 8.158/91, por sua vez, foi aprovada dentro do novo contexto político e econômico do Brasil, de liberalização e abertura da economia, anteriormente referido. Este diploma criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e introduziu mudanças na Lei nº 4.137/62, sendo um instrumento mais eficaz e adequado à regulação dos comportamentos do mercado. (FORGIONI, 2014, p. 121).

Contudo, as regulamentações trazidas por estas não conduziam a noção propriamente de um sistema. Ademais, havia outras legislações esparsas, tal como a Lei nº 8.002/90, que estabelecia tratamento criminal a determinadas condutas anticompetitivas, o que dificultava ainda mais a aplicação coerente do direito da concorrência. (MARTINEZ, 2012, p. 39).

Desta forma, em 11 de junho de 1994 foi promulgada a Lei nº 8.884, visando à sistematização e à consolidação dos novos conceitos e procedimentos. Buscava-se claramente a efetividade do sistema, por meio de um corpo técnico especializado, instrumental para garantir a validade das decisões no Judiciário e agilizar o processo administrativo (MUNHOZ, 2006, p. 177), com delimitação de competência entre os

órgãos responsáveis por implementar a defesa da concorrência no Brasil (MARTINEZ, 2012, p. 40). Enfim, a fixação de um novo modelo institucional que favorecesse a atuação do governo neste campo.

De modo geral, a Lei nº 8.884/94, ampliou os poderes do CADE, que até então exercia um papel marginal na vida econômica do país, dando maior autonomia ao órgão ao instituí-lo como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, beneficiando-o com destinação orçamentária própria (FORGIONI, 2014, p. 122). Também foram estabelecidas competências para a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda que, juntamente com o CADE, formam o que se convencionou chamar de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (SBDC) (MUNHOZ, 2006, p. 180). Estabeleceu, ainda, três frentes de atuação na proteção à concorrência: preventiva, via controle de concentrações; repressiva, via controle de condutas; e educativa, via promoção de cultura da concorrência. (MARTINEZ, 2012, p. 42; MUNHOZ, 2006, p. 182).

A Lei nº 8.884/94 revogou, assim, as Leis 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90, e alterou a Lei 8.137/90, de caráter penal, conferindo unidade e sistematicidade à matéria antitruste no País. (MUNHOZ, 2006, p. 178).

Nos mais de quinze anos de vigência desta Lei, observou-se um grande progresso sobre o tema do antitruste, sobre o qual Paula Forgioni (2014, p. 123) destaca os seguintes aspectos: consolidação do controle das concentrações empresariais; consolidação do controle dos cartéis; aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE; e aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.

A Lei nº 8.884, de 1994, no entanto, foi recentemente quase totalmente revogada pela Lei 12.529, de 2011 que, do ponto de vista material, não promoveu muitas alterações, tendo em vista a manutenção dos critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais. (FORGIONI, 2014, p. 124).

As inovações mais significativas promovidas relacionam-se à reestruturação institucional, que criou a agência única de defesa da concorrência - o chamado “Supercade”, composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos e à área de controle de estruturas, com a imposição do dever de apresentação prévia dos atos

de concentração. Além disso, é de se destacar o aumento do poder da Administração Pública decorrente deste ônus da apresentação prévia das concentrações e também da ampliação de seu poder de investigação, assim como a modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica, com a redução dos parâmetros legais da sanção. Frisa-se, ainda, o aumento dos recursos materiais à disposição do CADE por meio da criação de duzentos cargos de “especialistas em políticas públicas e gestão governamental” para atuar prioritariamente nesta entidade. (FORGIONI, 2014, p. 124-125).

Feito este breve histórico, é de se notar que para a efetividade dos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170, CF) é necessária a existência de um aparato jurídico-institucional capaz de fiscalizar a ordem econômica e impedir as práticas anticoncorrenciais ou abusivas.

Passa-se a analisar, a seguir, em que consiste a concorrência ilícita, contra a qual a legislação antitruste se volta, e por quais formas se manifesta.

3.1 CONCORRÊNCIA ILÍCITA

Concorrência ilícita designa o gênero que engloba todas as formas de concorrência contrárias à norma e, portanto, passíveis de sanção, independentemente da natureza desta, se civil, penal ou administrativa. Neste sentido, há duas formas de concorrência que o direito repudia: a concorrência desleal e a concorrência perpetrada com abuso de poder econômico, as quais devem ser vistas como espécies do gênero concorrência ilícita.

No âmbito do mercado, a concorrência traz inúmeros benefícios aos consumidores, entretanto, do ponto de vista dos empresários, pode se apresentar como empecilho ao aumento de seus lucros e dominação do mercado. Assim, a disputa pelo mercado consumidor pode levar os agentes à prática de atos lesivos aos seus concorrentes imediatos, bem como ao mercado em geral.

Cumprе esclarecer que tal disputa, que visa à diminuição do poder do concorrente e tende a eliminá-lo, não é, por si só, ilegítima. A ilegitimidade decorrerá

do abuso do poder econômico ou da prática de atividade desleal ou ilícita. (FORGIONI, 2014, p. 264; SALOMÃO FILHO, 2002, p. 234).

Em decorrência de tal situação, o Estado pode intervir na iniciativa privada por meio de políticas econômicas, a fim de assegurar um ambiente concorrencial sadio, procurando garantir a livre iniciativa e a livre competição por meio da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal.

Esta separação em dois do regime repressivo da concorrência ilícita está claramente estabelecida no direito brasileiro, em conformidade com a tradição europeia do tratamento do tema. (COELHO, 2013, p. 259).

Sob a perspectiva do consumidor, há prejuízo tanto diante de uma situação de concorrência desleal como de abuso de poder econômico. Situações que, embora se relacionem a uma mesma temática, não se confundem, como se passará a ver adiante.

3.1.1 ABUSO DO PODER ECONÔMICO

O conceito de poder econômico está relacionado à capacidade de uma empresa atuar de forma independente e indiferente à existência ou comportamento dos outros agentes. Embora muitos economistas definam o poder econômico pela capacidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição, esta é uma definição simplista que ressalta apenas uma das formas de manifestação desta independência e indiferença do agente econômico. (FORGIONI, 2014, p. 261).

Calixto Salomão Filho (2002, p. 83) pondera que a existência de poder para aumentar os preços tampouco é um critério absoluto para a definição de poder no mercado, o qual deve ser sempre acompanhado da análise de estrutura do mercado. Defende, assim, que a definição teoricamente mais correta de poder no mercado não é a possibilidade de aumentar os preços, mas sim a possibilidade de escolher entre grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação no mercado e maior lucratividade.

Ainda mais precisas são as palavras de Paula Forgioni (2014, p. 262) no sentido de que:

a posição dominante implica sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos.

Ressalta-se que, no Brasil, o poder econômico por si só não é considerado ilegal. Nos termos do §1º, inciso IV do art. 36 da Lei 12.529/2011: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. O abuso deste poder, por outro lado, encontra-se na base das condutas infratoras à ordem concorrencial, na medida em que afeta não só o interesse dos particulares, mas as estruturas da livre iniciativa.

Quando excessivo, o poder econômico no mercado tende à criação do que Calixto Salomão Filho (2002, p. 53) chama de “centros políticos de poder paralelo”, com interesses próprios e que visam – e muitas vezes conseguem - influenciar o centro estatal de decisões políticas, devendo, portanto, ser reprimido.

Nesse sentido, é dever do Estado zelar para que as organizações com poder de mercado não abusem deste poder de forma a prejudicar a livre concorrência.

A própria Constituição determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (§ 4º, art. 173), trata-se da proteção institucional da concorrência, ou seja, tutela dos interesses do mercado em abstrato.

A atual lei antitruste dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º). De acordo com o art. 36 da Lei 12.529, de 2011:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)

Note-se que ao se referir a “atos sob qualquer forma manifestados”, o art. 36, *caput*, inclui toda e qualquer conduta que possa, de alguma forma, prejudicar a concorrência, sem distinção entre as três principais manifestações das práticas antitrustes: acordos, que podem ser horizontais ou verticais, abuso de posição dominante ou concentrações. (FORGIONI, 2014, p. 130).

Entende-se em posição dominante o agente econômico (empresa ou grupo de empresas) que detém o controle de parcela substancial de mercado na qualidade de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. (MELLO, 2012, p. 820).

Observe-se, ademais, que o abuso de posição dominante mencionado no inciso IV do *caput* do art. 36 não foi apontado pelo constituinte como efeito lesivo à ordem econômica de maneira autônoma, que se pudesse distinguir dos demais efeitos referidos no §4º do art. 173 da Constituição da República. Diante disso, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 289) adverte que o abuso da posição dominante não pode ser considerado pela legislação ordinária um efeito independente, já que não há como incorrer em conduta capaz de gerar os efeitos mencionados no art. 173, §4º, da Constituição da República, e reproduzidos nos incisos I a III do art. 36 acima transcritos, senão por meio do exercício abusivo de posição dominante. Deve, assim, ser interpretado como síntese da matéria já abrangida pelos outros incisos.

Importante salientar desde logo que não existe ilícito anticoncorrencial em abstrato. Para a configuração de conduta ilícita é preciso que haja conexão com um mercado relevante, impondo-se necessário apurar qual o mercado atingido para a possível averiguação do dano concorrencial.

Segundo Paula Forgioni (2014, p. 214), mercado relevante é “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 286) assinala que a definição de mercado relevante é casuística e leva em conta as variáveis geográfica e material, sendo esta última delineada a partir da perspectiva do consumidor.

Para identificar a existência de posição dominante, a Lei parte de uma presunção:

sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo

este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. (§2º, IV, art. 36 da Lei 12.529/11).

Ressalta-se, entretanto, que a presunção de posição dominante ligada ao percentual de 20% estabelecido na Lei Antitruste brasileira é relativa, de modo que existe a necessidade de convergência de diversas outras evidências além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para constatar se o poder por ele detido é suficiente para lhe garantir a posição dominante. (FORGIONI, 2014, p. 275).

Observa-se que o abuso de posição dominante, ou de poder econômico próprio ao agente em posição dominante, não está definido em nossa lei, que considera apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado. (FORGIONI, 2014, p. 288).

O §3º do inciso IV do artigo 36 traz um rol exemplificativo das condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, sendo que a maioria das práticas abusivas mencionadas refere-se a práticas de abuso de posição dominante.

Tais práticas, entretanto, somente configuram infrações contra a ordem econômica se caracterizado o exercício abusivo do poder econômico, por meio de condutas que visem a limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços ou aumentar arbitrariamente os lucros, ou que possam produzir um destes efeitos, mesmo que não sejam alcançados, nos termos do *caput* do art. 36. (FORGIONI, 2014, p. 134-135).

Desta forma, ainda que a conduta esteja prevista no art. 36, §3º da Lei 12.529/11, se os objetivos pretendidos ou os efeitos da prática empresarial não possuírem relação com o exercício abusivo do poder econômico, ou seja, não implicarem restrição à concorrência, aumento arbitrário de lucro ou domínio de mercado, esta não consistirá em ato infracional, de modo que não existirá qualquer ilicitude (FORGIONI, 2014, p. 134). O que ocorre é que nesses casos exemplificativos há maior probabilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, maior potencial de ocorrência de condutas anticompetitivas.

Por outro lado, por se tratar de um rol exemplificativo, qualquer prática empresarial, ainda que não elencada pelo legislador, configurará infração contra a ordem econômica se os seus objetivos ou efeitos forem os referidos nos incisos I, II, III e IV do *caput* do art. 36, anteriormente mencionados. (FORGIONI, 2014, p. 135).

No contexto da política de defesa da concorrência (e, portanto, não dos concorrentes diretamente - situação da qual se tratará a seguir), o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, é o órgão julgante, cumprindo-lhe orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel de tutor da prevenção e repressão do abuso deste poder. É ele que decide se houve ou não infração à livre concorrência por parte de empresas ou de seus administradores nos casos de conduta, e aprecia os atos de concentração submetidos à sua aprovação.

Ciente da atual dinâmica do mercado, a própria legislação prevê que determinados atos de concentração econômica - aqueles que possam afetar as estruturas e condições de competição de um determinado mercado - dependam, para se concretizarem, da apreciação e autorização do CADE, que poderá aprovar, rejeitar ou aprovar com restrições. Isto porque embora se admita que, em algumas circunstâncias, a concentração de poder econômico possa ser eficiente, permitindo, por exemplo, impulso ao avanço tecnológico, reconhece-se, por outro lado, que estruturas de poder com capacidade de exercer influência relevante sobre o ambiente no qual ocorrem as relações econômicas podem produzir efeitos negativos e diversas ineficiências, prejudicando o processo de desenvolvimento da sociedade.

Importante ressaltar novamente que se a dominação de mercado relevante de bens ou serviços for fruto de um processo natural, decorrente de uma maior eficiência de um agente econômico em detrimento de seus concorrentes, não será reputada como ilegal e, logo, da perspectiva da defesa da concorrência, não deverá ser punida ou reprimida. Uma situação de monopólio pode tratar-se do resultado temporário de uma inovação bem sucedida, por exemplo.

Ainda, o aumento dos preços no mercado não ocorre somente em razão de deficiências no âmbito da concorrência, já que também pode ser explicado por fatores estruturais ou cíclicos, não relacionados necessariamente com a existência de restrições à concorrência.

A preservação de um ambiente concorrencial sadio é, portanto, fator essencial para o desenvolvimento das atividades econômicas, além de assumir especial importância no mercado de consumo, beneficiando os consumidores, uma vez que propicia o ingresso e a permanência de um maior número de produtores e fornecedores no mercado, o que, por conseguinte, incentiva o incremento da

qualidade e o declínio ou estabilidade dos preços, bem como o aumento da empregabilidade.

Apenas estas regras, no entanto, não são suficientes para garantir o funcionamento do sistema concorrencial. Fazem-se necessárias, ainda, normas que garantam a lealdade do comportamento dos agentes econômicos, sem as quais a concorrência mesmo que existente e livre, desandaria face ao uso de artifícios fraudulentos visando desviar a clientela de outrem, o que favoreceria o restabelecimento de estruturas monopolistas e oligopolistas. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 70).

Estes dois conjuntos de regras, regulando de um lado, a liberdade e, de outro, a lealdade da competição, formam, juntos, o que se pode chamar de direito concorrencial. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 70).

3.1.2 CONCORRÊNCIA DESLEAL

Uma prática de concorrência desleal envolve apenas os interesses dos particulares, sem necessariamente comprometer as estruturas da livre concorrência, de modo que não se configura infração à ordem econômica. Neste tipo de ilícito, o sujeito passivo direto é o concorrente e os interesses do consumidor são feridos apenas em caráter mediato, em decorrência do abalo sofrido pelo sistema concorrencial.

O elemento essencial da concorrência é a disputa pelo mercado consumidor. Tal disputa visa o alargamento da clientela e, por conseguinte, a diminuição do poder do concorrente. Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho (2013, p. 261) chama a atenção para “a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras” como o efeito necessário da competição.

Portanto, a intenção de causar prejuízo ao concorrente é intrínseca à ideia de competição empresarial, não podendo ser usada como critério de diferenciação da concorrência leal da desleal.

Também não há como identificar a deslealdade competitiva considerando os efeitos produzidos – tal como ocorre com relação à infração da ordem econômica,

uma vez que a alteração nas opções dos consumidores é identificada tanto na concorrência leal como na desleal.

Desta forma, para diferenciar a concorrência lícita, daquela ilícita, perpetrada com deslealdade, deve-se direcionar a investigação para os meios empregados na conquista da preferência dos consumidores.

Mais do que identificar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Calixto Salomão Filho (2003, p. 55) assinala que tais regras mínimas objetivam garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência e não de sua “esperteza negocial”, bem como garantir o fluxo das informações para o consumidor, figurando o mercado como agente de transmissão de tais informações.

Em razão da diferença quanto ao alcance das lesões produzidas nesta forma de ilicitude competitiva, quando comparados à infração da ordem econômica, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, sendo combatida no direito brasileiro nas esferas civil e penal. (COELHO, 2013, p. 260).

Os casos de concorrência desleal são julgados perante a Justiça Comum. Esta tutela direta dos interesses dos concorrentes é resguardada pelo Código Civil e pela legislação específica - Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96).

Fabio Ulhoa Coelho (2013, p. 262) adota a classificação da concorrência desleal em específica e genérica. Para este autor são formas de concorrência desleal específica aquelas sancionadas civil e penalmente, tais como as práticas empresariais tipificadas como crime no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial. Por outro lado, denomina-se genérica a sancionada apenas no âmbito civil, ou seja, que não são tipificadas como crime, mas que geram direito à indenização por perdas e danos (art. 209 da Lei de Propriedade Industrial).

A concorrência desleal específica se viabiliza por meios inidôneos mais facilmente delineados, que são, basicamente, fraude na obtenção de informações fruto da violação do segredo de empresa, e na veiculação de informações, mediante a indução do consumidor em erro. (COELHO, 2013, p. 262).

Caracteriza-se a concorrência desleal genérica quando utilizado meio imoral, desonesto ou condenado pelas práticas usuais dos empresários (COELHO, 2013, p.

266), o que denota certa imprecisão, na medida em que depende de uma apreciação especial e subjetiva das relações costumeiras entre os empresários. Observa-se, assim, que nas formas de concorrência desleal genérica é mais difícil precisar os meios concorrenciais inidôneos e, conseqüentemente, volta-se ao problema de caracterizar a conduta como ilícita, tendo em vista a já consignada impossibilidade de se diferenciar, quanto à finalidade e aos resultados, a concorrência lícita da concorrência desleal.

Com efeito, é preciso assegurar o respeito a padrões mínimos de conduta ética, sem os quais:

a concorrência necessariamente desencadearia um processo antropofágico de disputa do mercado que, em última instância, levaria à formação daquelas posições de poder tão temidas pelo direito concorrencial. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 78).

Como visto, são dois os institutos repressores da concorrência ilícita, um que voltado à proteção institucional da concorrência, pune as infrações da ordem econômica e outro que coíbe a deslealdade dos empresários concorrentes.

Este trabalho cuida da relação entre intervenção estatal, concorrência e liberdade na atividade empresária, visando garantir a livre iniciativa e a livre concorrência. Trata-se, assim, principalmente da defesa do interesse geral - que se impõe como obrigatório em matéria de concorrência, e não dos concorrentes em particular.

Entretanto, porque tais temáticas se relacionam e compõem juntas o direito concorrencial, revelam-se importantes estas breves considerações tecidas também acerca da concorrência desleal.

4 COMPATIBILIDADE ENTRE INTERVENÇÃO ESTATAL E LIBERDADE DE EMPRESA

A atuação do Estado não é senão uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo (SILVA, 2012, p. 788). Impõem-se, dessa forma, condicionamentos à atividade econômica com o objetivo de racionalizá-la.

Neste sentido, a relação do Estado brasileiro com a economia não é exclusivamente um acessório da ideia liberal de um mercado perfeito. Origina-se, antes, da concepção de que há falhas estruturais e comportamentais no próprio mercado (imperfeito como de fato o é), que muitas vezes se dá em virtude do comportamento dos próprios agentes econômicos e também por causa de razões econômicas em sentido estrito, de que é exemplo o monopólio natural. Defeitos estes que se observou não serem sanáveis autonomamente pela livre concorrência – nem em curto, nem em longo prazo -, podendo vir a gerar desequilíbrios socioeconômicos. (MOREIRA, 2004, p. 59-60).

Desta forma, embora o ordenamento pátrio prestigie a liberdade individual, os seus aspectos da liberdade de empresa, de iniciativa e de concorrência, sofrem uma verdadeira atenuação jurídico-axiológica quando alinhadas à dignidade da pessoa humana e à justiça social. (MOREIRA, 2004, p. 63).

Como visto, a atuação do Estado sobre o domínio econômico pode dar-se de diversas formas, entretanto é inviável a análise de todas elas no presente trabalho. Assim, após explicitado os limites do capitalismo liberal, que impedem sua concretização na forma como teorizado, apresenta-se aqui o antitruste como instrumento de que o Estado dispõe e efetivamente se utiliza para a conservação do sistema capitalista, não mais em termos absolutamente liberais, mas tal qual modernamente concebido.

4.1 LIMITES DO CAPITALISMO LIBERAL

Liberalismo e intervencionismo são regimes do mesmo sistema capitalista. Por capitalismo liberal pode-se mencionar a designação (reducionista, para fins didáticos) da fase econômica experimentada por alguns países ocidentais, no período compreendido entre o final do século XVIII ao final do século XIX, que estavam envolvidos no processo de industrialização (ANDRADE, 2014, p. 28), ainda que o tenham vivenciado em momentos diferentes e com distintos graus de intensidades⁴.

Como visto, o regime liberal supunha a conveniência da omissão do Estado em relação à dinâmica do processo econômico. (GRAU, 1981, p. 60).

O capitalismo liberal erigiu-se, assim, sobre a tese sustentada por Adam Smith, principal expoente do pensamento liberal, de que o mercado deveria ser constituído e desenvolvido em regime de liberdade, sendo que o funcionamento da economia dar-se-ia por meio de leis naturais, tornado viável por um mecanismo de autorregulação, que denomina “mão invisível”. Esse mecanismo natural dispensaria a ingerência estatal, na medida em que eventuais desequilíbrios seriam corrigidos no âmbito do próprio mercado (DINIZ, 2010, p. 244). Desta forma, acreditava-se que qualquer intervenção estranha só poderia ser fonte de perturbação e desperdício. (NUNES, 2007, p. 179).

A tônica liberal é, portanto, a preservação das liberdades individuais, asseguradas por meio da limitação ao poder estatal. Defendia-se que a liberdade de empresa propiciaria a concorrência necessária, que provocaria naturalmente a redução dos custos sociais (DINIZ, 2010, p. 244), de que se aproveitaria toda a sociedade.

A confiança nas virtudes do livre jogo das forças do mercado justificava esta separação entre estado e economia. (NUNES, 2007, p. 181).

Essas diretrizes inspiraram também o Estado brasileiro até o século XIX, imprimindo-lhe um caráter não intervencionista. (DINIZ, 2010, p. 244).

Esta intervenção mínima, contudo, deu-se mais nas propostas políticas e nos textos econômicos do que na prática. (ANDRADE, 2014, p. 30).

Internamente, tem-se que o Estado não se absteve de legislar no âmbito trabalhista, adaptando os trabalhadores às exigências da indústria capitalista por

⁴ Por exemplo, Inglaterra em 1760; Bélgica, França, EUA, Suíça e Escócia em 1800; Alemanha, Itália, Suécia, Áustria e Checoslováquia em 1860; e o restante dos países industrializados a partir de 1900. (NUNES, 2007, p. 176).

meio de medidas como, por exemplo, a ampliação da jornada do trabalho, a fixação de valor máximo do salário e a proibição de sindicatos de operários (NUNES, 2007, p. 180), o que foi fundamental para a consolidação das indústrias inglesas, por exemplo. (ANDRADE, 2014, p. 30). Além disso, não deixou de atuar no âmbito de suas funções de polícia, no sentido de reprimir todos os movimentos coletivos das classes trabalhadoras. (NUNES, 2007, p. 180).

Do ponto de vista externo, observa-se que os Estados não deixaram de levar adiante suas políticas coloniais para desenvolver suas indústrias, aplicando medidas protecionistas (quando necessárias para desenvolver sua própria indústria, tal como ocorreu na Alemanha e nos Estados Unidos, por exemplo) ou impondo às colônias o livre câmbio favorável às indústrias da metrópole (quando já bem desenvolvidas, como no caso da Inglaterra com relação à Índia). (NUNES, 2007, p. 180).

Conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, embora não se vislumbresse neste período profusa atividade intervencionista do Estado sobre a economia, medidas de polícia já eram impostas aos agentes econômicos (GRAU, 2013, p. 1792). O Estado atuava sobre o domínio econômico, ainda que episodicamente, para eliminar as distorções conjunturais do próprio modo de produção capitalista, baseado, fundamentalmente, na liberdade de atuar e concorrer. (FORGIONI, 2014, p. 58).

Nesse contexto, a função primordial do Estado consistia em harmonização dos conflitos, como o direito viabilizando a fluência das relações de mercado (“livre mercado”). (FORGIONI, 2014, p. 60).

No entanto, as profecias liberais não se confirmaram. A economia caminhava para a constituição de grandes monopólios, ocasionando limitações às liberdades individuais. (DINIZ, 2010, p. 245).

Ocorre neste período uma alteração nas estruturas econômicas do sistema, que passa a caracterizar-se pelo domínio de um pequeno número de grandes empresas, à volta das quais, em posição de subordinação, vai crescendo um grande número de pequenas empresas que não possuem qualquer capacidade de influenciar o mercado, que passa a ser controlado pelas empresas monopolistas. (NUNES, 2007, p. 182).

Além disso, a igualdade meramente formal, até então defendida, não foi suficiente para garantir a subsistência do liberalismo, acarretando profundo colapso social. (DINIZ, 2010, p. 245).

Fazia-se necessária a intervenção estatal para promover a repressão à classe operária, proibindo greves e restringindo os sindicatos. O próprio mercado pressionava o Estado para que criasse condições para o funcionamento da economia, viabilizando novas fontes de matéria-prima e mercados consumidores. (DINIZ, 2010, p. 245).

Egon Bockmann Moreira (2004, p. 97) pontua que a perfeição concorrencial só pode existir no mercado ideal estabelecido em termos teóricos pelos economistas, em que houvesse um número limitado de variáveis endógenas, quais sejam: mercadorias homogêneas, grande número de compradores e vendedores, constante intensidade na oferta procura, conhecimento perfeito, recíproco e simétrico das condições de mercado, ausência de barreiras à interlocução entre todos os compradores e todos os vendedores e ausência de barreiras ao ingresso ou saída de concorrentes. Circunstância em que o preço das mercadorias seria estabelecido pelo próprio mercado.

No entanto, a conjugação de tantos requisitos conduz claramente à conclusão de que esse modelo jamais se implementaria de fato. (MOREIRA, 2004, p. 96-97).

A visão de que seria possível entregar a condução da economia (e de nossas vidas) ao mercado, compreendido como uma instituição impermeável à instrumentalização por determinada categoria econômica, social e política não encontra respaldo na realidade. (FORGIONI, 2014, p. 14-15).

Logo, evidencia-se a ideia de que não há como entregar a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e, como exposto, nunca demonstrada) eficiência do mercado (MELLO, 2012, p. 808). Neste sentido, Egon Bockmann Moreira (2004, p. 97) observa que:

o modelo de Estado a serviço do mercado mediante a sua mais absoluta omissão padece de um defeito estrutural intransponível, pois nem Estado nem mercado podem ser concebidos puramente como instrumentos de uma concepção econômica teórica. Caso assim fosse, inverter-se-ia uma hierarquia lógica, tentando-se adaptar a realidade a uma teoria impalpável. Estado e mercado são resultados da real evolução histórica das relações sociais e econômicas e nesses termos devem ser compreendidos.

Tem-se, portanto, que a visão de um Estado inteiramente omissivo no liberalismo em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. (GRAU, 2013, p. 1792).

Não obstante, inegável a relevância de voltar-se à compreensão desta fase do capitalismo, como pontua José Maria Arruda de Andrade (2014, p. 29):

A importância da descrição histórica do capitalismo concorrencial liberal, a despeito de sua curtíssima duração histórica e de sua muito restrita distribuição geográfica, é que ela acabou por influenciar o debate jurídico, ou seja, esta descrição elaborada pelos economistas políticos, de que houve uma época liberal do capitalismo, com pouca intervenção estatal, o que, inclusive, poderia ser sempre recuperado e defendido, determinou muitos dos pressupostos históricos do debate sobre normas jurídicas interventivas.

Assim, o início do século XX é marcado pelo rompimento do projeto liberal, quando se torna necessária a intervenção do Estado para o fim de corrigir as distorções do capitalismo liberal, assegurando o interesse público, notadamente abalado no conflito entre capital e trabalho. (DINIZ, 2010, p. 246).

As ações até então episódicas, isoladas, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, passam a ser racionais e programaticamente dispostas. (GRAU, 1981, p. 62).

Observa-se que a ordem econômica necessita da ingerência do Estado, seja para mantê-la – propiciando a superação de obstáculos conjunturais, seja para garantir os interesses sociais – conflitantes, em regra, com os interesses empresariais (DINIZ, 2010, p. 250). O Estado social intervencionista, que sucede o regime liberal, busca, assim, suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo. (SILVA, 2012, p. 789).

É de se ressaltar, entretanto, que a adoção do regime intervencionista não opera a substituição do capitalismo pelo socialismo (GRAU, 1981, p. 61). O mercado subsiste, preservado, como mecanismo de coordenação do processo econômico, tendo em vista que é justamente no clima de mercado que encontram as condições mais propícias de dinamização dos dois valores juridicamente protegidos fundamentais do capitalismo: propriedade privada dos meios de produção e liberdade de iniciativa econômica. (GRAU, 1981, p. 61).

Mantém-se, desta forma, o objetivo de correção das distorções inevitáveis do liberalismo, para a preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado. (GRAU, 1981, p. 62).

Com efeito, atualmente o liberalismo clássico tem pouca consistência, sendo difícil conceber que o Estado (especialmente o brasileiro) deixe de intervir na economia. (MOREIRA, 2004, p. 97).

A Constituição brasileira institucionalizou um capitalismo qualificado por princípios que afastam a sua compreensão como a de um Estado Liberal clássico, a prestigiar apenas o direito de propriedade privada, a livre iniciativa e o livre jogo das forças de mercado. (MOREIRA, 2004, p. 63).

Com efeito, o Estado intervém no domínio econômico com o objetivo de zelar pelo interesse da coletividade mediante a direção, implementação, ordenação e coordenação das atividades econômicas privadas, buscando com isso assegurar a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social. (BERTOLDI, 2013, p. 143).

Daí porque a Constituição brasileira declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de modo a realizar os objetivos apontados. (MELLO, 2012, p. 808).

Nesse sentido, a legislação antitruste é um dos instrumentos por meio do qual o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica, tendo em vista a realização de seus fundamentos e seu fim (SILVA, 2012, p. 806), figurando, dessa forma, como ferramenta de conservação do capitalismo, como se passará a ver adiante.

4.2 ANTITRUSTE COMO FERRAMENTA DE CONSERVAÇÃO DO CAPITALISMO

Como visto, desde o início do século XIX, visando preservar o sistema liberal (livre concorrência e livre mercado), autorizava-se a atuação do Estado com o objetivo de eliminar as distorções que se apresentavam, afastando-se fatores de instabilidade. (FORGIONI, 2014, p. 76).

Desde o primeiro momento, portanto, o princípio de liberdade de iniciativa econômica não foi consignado em termos absolutos. (GRAU, 2012, p. 201).

A regulamentação da atividade econômica, trazida a efeito com as normas antitrustes inauguradas com o *Sherman Act* em 1890, não é, entretanto, contrária ao espírito do liberalismo econômico (FORGIONI, 2014, p. 65). Muito ao contrário, é precisamente a necessidade de se eliminar distorções decorrentes do modo de produção que faz do direito concorrencial ferramenta fundamental para a preservação das estruturas do mercado. (FORGIONI, 2014, p. 65).

Isto porque o poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do preço, instrumento fundamental a que Calixto Salomão Filho (2002, p. 50) se refere como “verdadeira representação da ‘mão invisível’ de Adam Smith”. O agente com grande poder econômico é capaz de reduzir a oferta de forma a obter aumento de preços, que neste caso não refletirá a real escassez do produto. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 50).

Além disso, o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou atrapalha a expansão das pequenas iniciativas econômicas. (SILVA, 2012, p. 796).

O abuso do poder econômico, prática que decorre quase que espontaneamente do capitalismo monopolista, é, desta forma, um fator de intervenção do Estado na economia, em favor do livre mercado. (SILVA, 2012, p. 797).

Logo, é preciso dotar o Poder Público de meios capazes de controlar o poder econômico para preservar a livre concorrência contra práticas abusivas - tais como dumping, cartel ou monopólio, por exemplo – incompatíveis com esse princípio fundamental da economia de mercado. (COELHO, 2008, p. 1360)

Neste contexto, a defesa da concorrência constitui elemento estratégico de proteção ao mercado. Não por acaso, a Lei nº 12.529/2011 disciplina, em atenção ao art. 173, §4º da Constituição da República, a “prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica”.

Em que pese o art. 174 da Constituição da República disponha que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador, na forma da lei, não

significa que a intervenção dependa sempre de lei em cada caso específico. (SILVA, 2012, p. 810).

As limitações, sim, como ingerência disciplinadora, constituem forma de intervenção pela via de regulamentação legal. Porém, a repressão do abuso do poder econômico, por exemplo, é umas das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e não é feita mediante lei, mas, como visto, por ato administrativo do CADE, embora sempre nos termos da legislação antitruste (Lei 12.529/2011), no que se atende ao princípio da legalidade. (SILVA, 2012, p. 810).

Por outro lado, ainda que a tutela administrativa seja o foco principal da legislação antitruste⁵, é inegável, diante da inafastabilidade da apreciação judicial (art. 5º, XXXV da Constituição da República), que a tutela jurisdicional exerça papel essencial na defesa da concorrência.

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu, como visto nos capítulos anteriores, como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade, que consistia justamente em manter um regime de livre concorrência. Deste modo, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se mediante um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência (SILVA, 2012, p. 809). Neste sentido é o texto que embasa a legislação repressora do abuso do poder econômico (§4º do art. 173 da Constituição da República).

A legislação antitruste consagra, assim, a legitimidade da ação do Estado no sentido de ordenar e disciplinar a livre concorrência e a liberdade de competição. (GALVÊAS, 2003, p. 44).

Não se trata, entretanto, de reter nas mãos do Estado a prerrogativa de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica, tampouco fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários por ventura intentem efetuar, o que iria totalmente de encontro à liberdade de iniciativa, fundamento da ordem econômica. (MELLO, 2012, p. 811).

Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência (art. 170), a intervenção do Estado na

⁵ Na medida em que ao conferir nova estrutura para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a Lei 12.529/2011 garante maior autonomia na atividade de proteção da concorrência na esfera administrativa.

economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública e específica. (MOREIRA, 2004, p. 81).

Conforme anteriormente explicitado, o direito de proceder à escolha da atividade que será empreendida, bem como o *quantum* a ser produzido ou comercializado é garantido constitucionalmente e descende da própria acolhida do regime capitalista, de forma que a atuação do Estado, destacadamente por meio da legislação antitruste de que aqui se trata, orienta-se no sentido justamente de dar efetividade à livre iniciativa e à livre concorrência. (MELLO, 2012, p. 811).

Paula Forgioni (2014, p. 192) explica que a ideia da livre iniciativa ou da livre concorrência ou mesmo da autonomia privada como agente econômico atuando no mercado com o mínimo de “repressão” estatal, não exclui outra ideia que lhe é complementar “de que esta mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental”.

Caso o poder econômico não seja fiscalizado, e quando excessivo ou abusivo, reprimido, estar-se-á apenas substituindo a excessiva ingerência do Estado, que se combatia no liberalismo clássico e que atualmente pretende-se limitar - mas de forma alguma eliminar – através da garantia de correta atuação das regras de mercado, por uma dominação do mercado pelo poder privado, “o que é, evidentemente, a pior solução, já que quanto a esse não é possível sequer fazer presunção de persecução do interesse público que se faz com relação ao Estado”. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 50).

A legislação antitruste é elaborada sob dois padrões: controle de estrutura e controle de condutas. Por meio do controle de condutas busca-se coibir aqueles comportamentos considerados prejudiciais por configurarem a utilização do poder de mercado, o abuso de posição dominante ou a prática de concorrência desleal, conforme tratado no segundo capítulo deste trabalho. Já no controle das estruturas, procura-se evitar a formação de estruturas de oferta concentradas, por se pressupor que estas originam maior poder de mercado e estimulam condutas anticompetitivas. (PINTO, 2010, p. 267).

José Afonso da Silva pondera que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado industrial e

que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos. (SILVA, 2012, p. 798).

Atenta a realidade atual, o art. 88, §§5º e 6º da Lei 12.529/2011, dispõe que atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE, que poderá autorizá-los quando se destinarem a aumentar a produtividade, melhorar a qualidade do bem ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, nos estritos limites a tanto necessários, ou então quando parte relevante dos benefícios sejam repassados aos consumidores. (MELLO, 2012, p. 821).

A eliminação das distorções conjunturais decorrentes do mercado, visa, como visto, à preservação do próprio mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores e, portanto, competir – livremente. (FORGIONI, 2014, p. 64).

Isto não significa que a ação do Estado deve ser levada ao extremo de proteger empresas estruturalmente deficientes e antieconômicas, que sem a tutela do Estado estariam fadadas ao desaparecimento, e cuja permanência no mercado fatalmente levaria à prática de preços mais altos em detrimento do consumidor. (GALVÊAS, 2003, p. 44).

Outrossim, as restrições impostas à liberdade empresarial não podem ser de tal monta que acabem por eliminá-la em concreto. (MOREIRA, 2004, p. 63-64).

A não intervenção, da mesma forma que a intervenção exagerada, comprometem igualmente a dinâmica concorrencial. (FORGIONI, 2014, p. 17).

Neste sentido, ressalta-se que a manifestação do Estado na economia permanece sendo uma exceção e assim deve ser compreendida. (MOREIRA, 2004, p. 77).

Paula Forgioni (2014, p. 195) ressalva que as legislações antitrustes, quer no enunciado, quer em seu processo de aplicação, contêm instrumentos destinados a evitar que a tutela da concorrência venha a desempenhar função oposta àquela desejada, criando, por exemplo, obstáculos ao crescimento da indústria nacional, ao aumento de seu grau de competitividade ou ainda à distribuição dos bens e serviços.

Para esta autora, o grande perigo atual encontra-se em considerar, apenas, esta função restrita da regulamentação antitruste de proteger o mercado contra seus

efeitos autodestrutíveis, como se “ainda estivessemos no período inicial do liberalismo econômico, desprezando seu processo de evolução, que corre paralelo àquele das funções exercidas pelo moderno Estado capitalista”. (FORGIONI, 2014, p. 65).

Nesta perspectiva, o antitruste apresenta-se modernamente como não apenas mecanismo de eliminação de efeitos autodestrutíveis do mercado liberal, porém como instrumento/técnica de que lança mão o Estado contemporâneo na implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência. (FORGIONI, 2014, p. 84).

Efetivamente, partindo do fato de a concorrência ser a fundação para o funcionamento eficaz do sistema de mercado, o processo competitivo pode desempenhar funções tanto econômicas como sociais. (PINTO, 2010, p. 269).

No primeiro caso, a competição coordena as funções de oferta e procura, de modo que o fornecimento de bens e serviços seja adequado à demanda efetiva. Mas, além disso, pode assegurar a alocação eficaz dos recursos, ao combinar fatores de produção de modo a obter a maior produtividade possível, além de assegurar maior eficiência distributiva. (PINTO, 2010, p. 269).

Nota-se, assim, que a regulação econômica, compreendida de alguma forma como a atuação estatal voltada à manutenção do mercado, ajustando suas incorreções naturais, não se destina somente a este fim. Volta-se não apenas à correção das falhas do mercado, mas também à consecução do interesse público. (DINIZ, 2010, p.251).

Observe-se que o próprio princípio da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados, de modo que seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia. (GRAU, 2012, p. 209).

Ainda, de acordo com a nossa Constituição, a concorrência, no Brasil, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que deve ser utilizado tendo-se em vista a realização dos objetivos do Brasil (art. 3º), e da ordem econômica (art. 170). (FORGIONI, 2014, p. 84, 187-188).

Neste sentido, Paula Forgioni (2014, p. 189) complementa que:

no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.

Para além, entretanto, da reflexão sobre os objetivos da Lei Antitruste, cuja opção por não se tratar neste trabalho não reduz sua importância, é de se fixar que compreendendo a forma como o Estado atua no domínio econômico, mediante a utilização do direito antitruste, verifica-se que tal atuação, cada vez mais, não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta.

Ideia com a qual concorda Paula Forgioni (2014, p. 189), que assevera que quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento econômico, está justamente atuando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos.

Calixto Salomão Filho (2002, p. 53) pondera que o controle do poder econômico no mercado, efetivado por meio do direito antitruste, de um lado, serve de proteção da própria ordem privada com relação ao Estado e, de outro, serve também como garantia do Estado contra a ordem econômica privada, tendo em vista que, como referido no capítulo anterior, quando excessivo, o poder econômico no mercado tende à criação de centros políticos de poder paralelo, com interesses próprios e que buscam – e frequentemente conseguem - influenciar o centro estatal de decisões políticas.

Desta forma, esta atuação longe de limitar, contribui no sentido de reafirmar o princípio da livre concorrência e livre iniciativa, colocando-se necessária a própria existência do modo de produção capitalista adotado pelo sistema normativo brasileiro.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 consagra, como visto, um sistema capitalista. Entretanto, o capitalismo como um regime de acumulação ou de concentração de capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, em razão das disparidades sociais.

Diante disso, a Constituição Federal apresenta normativas no sentido de formar um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social.

Nesse sentido, verificou-se que a Constituição de 1988 é ainda mais incisiva ao conceber uma ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna.

Preordena, assim, alguns princípios tais como o da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, de que se tratou neste trabalho, além de outros, que permitem a compreensão do capitalismo tal como modernamente concebido.

Estes princípios assumem caráter conformador da ordem econômica e prosperam no sentido de, superada a falta de uniformidade entre as faces moderna e arcaica do capitalismo brasileiro, atualizá-lo.

Afasta-se, desta forma, daquela concepção liberal inicialmente teorizada, fundada na preservação das liberdades individuais, asseguradas por meio da limitação ao poder estatal, que atuava sobre o domínio econômico apenas episodicamente para eliminar as distorções conjunturais do próprio capitalismo, baseado, essencialmente, na liberdade de atuar e concorrer.

Identificados os limites do capitalismo liberal, tal como proposto no terceiro Capítulo, observou-se que a premissa básica de que seria possível entregar a satisfatória organização da vida econômica e social à eficiência do mercado não encontra respaldo na realidade.

A ingerência do Estado na economia impõe-se, portanto, como uma necessidade, seja para propiciar a superação dos obstáculos conjunturais, seja para

garantir os interesses sociais – que podem ser conflitantes com os interesses empresariais.

Neste contexto, a legislação antitruste é um instrumento fundamental para a preservação das estruturas do mercado, instituição básica do sistema capitalista. Ainda, para além disso, é ferramenta por meio da qual o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica, visando à realização de seus fundamentos e fins, conforme disposto na Constituição da República.

A compreensão das circunstâncias históricas tratadas no primeiro Capítulo deste trabalho é indispensável à perfeita apreensão do fenômeno do antitruste, tal como se manifesta atualmente no Brasil.

Conforme exposto no segundo Capítulo, desde a década de 30 o Brasil possui legislação para a defesa da concorrência, porém foi apenas em um contexto econômico e político liberal, fruto das reformas implementadas nos anos 90, que a legislação antitruste aperfeiçoou-se e consolidou-se, passando a exercer um papel importante na garantia de eficiência dos mercados.

As várias legislações que marcam a preocupação com a questão concorrencial no Brasil devem ser vistas como novos passos no caminho até aqui percorrido de consolidação das instituições brasileiras voltadas para impor limites sadios às relações econômicas.

Nota-se, desta forma, que não há incompatibilidade entre intervenção estatal e liberdade de empresa. A pesquisa revela o reconhecimento da importância do papel das empresas para a organização social pela geração de postos de trabalho, oferta de produtos e serviços necessários ou úteis para a coletividade. Evidencia, por outro lado, a imprescindibilidade da ação do poder constituído de forma a contribuir para o aprimoramento das relações econômicas e para a minimização dos efeitos negativos decorrentes das falhas do ambiente concorrencial.

Ressalta-se que a não intervenção, da mesma forma que a intervenção exagerada, compromete igualmente o processo concorrencial. Toda opção interventiva importará uma maior ou menor produção de efeitos na esfera social e econômica, cujos impactos devem ser considerados e sopesados pelo tomador de decisões relacionadas às políticas públicas.

A legislação antitruste consagra a legitimidade da ação do Estado no sentido de ordenar e disciplinar a liberdade de competição.

Deve-se considerar, por um lado, que uma postura tímida por parte dos aplicadores do antitruste, fundada na crença de que a concorrência está conduzindo o mercado, deixa espaço para que as regras que pautam a conduta dos agentes econômicos sejam ditadas por aqueles que detêm o poder econômico, atingindo negativamente os consumidores e empresas de menor porte.

Por outro lado, deve-se levar em conta que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas, antes, uma realidade, de maneira que as restrições impostas à liberdade empresarial não podem ser de tal monta que acabem por eliminá-la em concreto ou, ainda, a aplicação da lei antitruste não pode vir a desempenhar função oposta àquela desejada, criando, por exemplo, obstáculos ao crescimento da indústria nacional.

O direito concorrencial incorre, assim, em um aparente paradoxo ao limitar justamente o objeto de sua tutela, explicitado pela intervenção estatal na autonomia privada de agentes econômicos.

Entretanto, a pesquisa aqui desenvolvida, ainda que diminuta face à complexidade envolvida pela problemática da relação entre a defesa da concorrência e a liberdade de empresa, procurou singelamente demonstrar que um não está em desacordo com o outro, como à primeira vista se pode pensar.

Evidente que a preservação de um ambiente concorrencial sadio é um fator essencial para o desenvolvimento das atividades econômicas. Assim, a intervenção estatal na atividade econômica por meio de uma norma antitruste, visando assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ratifica a livre iniciativa e a livre concorrência, resguardando os princípios constitucionais da ordem econômica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. – São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7. ed. rev. e atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRITO, Edvaldo. Ato de concentração. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/ comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 29-42.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 22 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito comercial**, volume I : direito de empresa – 17.ed. – São Paulo : Saraiva, 2013

DINIZ, Cláudio Smirne. Estado e Desenvolvimento Econômico. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Org.) **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 241- 257.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste** – 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALVÊAS, Ernane. O direito de concorrência. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/ comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 43-46.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: **Temas Atuais de Direito da Concorrência**. Org. _____. São Paulo: Singular, 2012, p. 23-67.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 53-98.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, v. 45, p. 103-111, 2006.

MUNHOZ, Carolina Pancotto, Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PINTO, Joelma Sílvia Santos. A Regulação do Estado no Campo Econômico: Breve Introdução ao Direito da Concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Org.) **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 259- 275.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial. As Estruturas**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Concorrencial. As condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

comentários à constituição do brasil – 2013.